

Revista Brasileira de  
*Alternative Dispute Resolution*

# RBADR

*01*

Ano I • Número I  
Jan./Jun. 2019

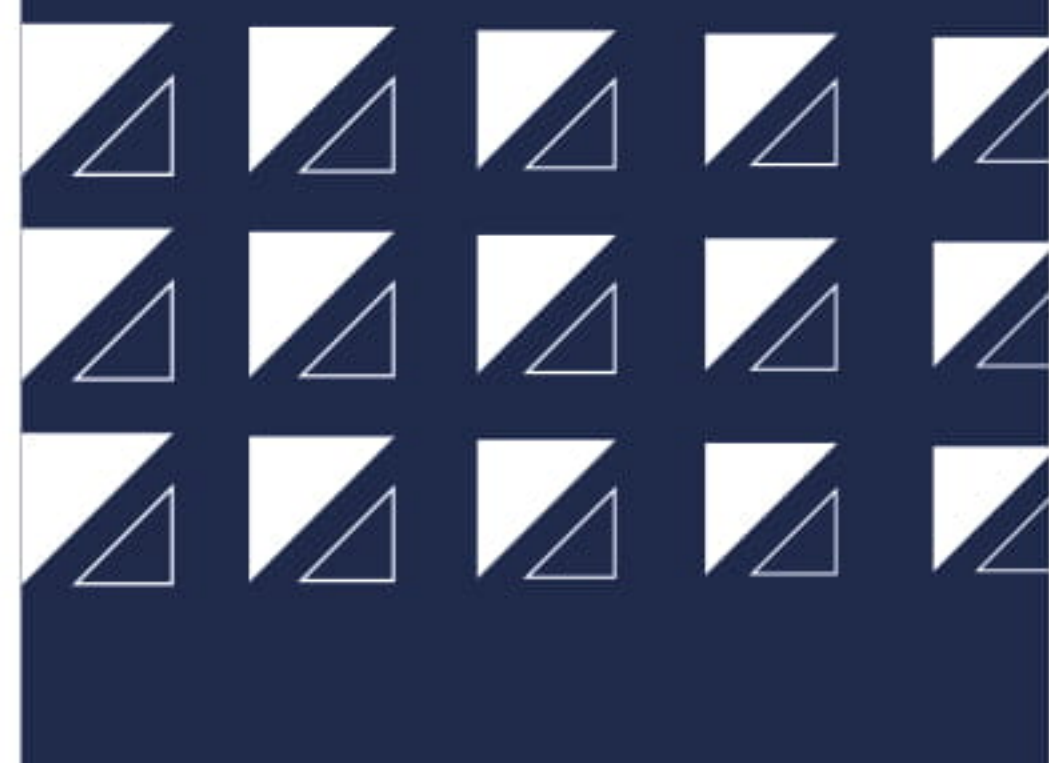
Publicação Semestral  
ISSN: 2596-3201

*Presidente*

***Gustavo da Rocha Schmidt***

*Editor-Chefe*

***Daniel Brantes Ferreira***



**CBMA** | CENTRO BRASILEIRO DE  
MEDIÇÃO E ARBITRAGEM

**FORUM**



# *Third-party funding* na arbitragem contra Estados: a relativização da imunidade executória na execução da sentença arbitral contra Estados<sup>1</sup>

## **Ana Sofia Cardoso Monteiro**

Graduada em Relações Internacionais pelo Ibmecc-RJ e em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ). Graduanda em Economia pelo Ibmecc-RJ. Mestranda em Administração com concentração em Finanças pela COPPEAD-UFRJ.

## **Daniel Brantes Ferreira**

Bacharel em Direito pela PUC-Rio (2000-2004). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (2005-2007). Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (2007-2011). Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ (2017-2018). Leciona na graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes e na EMERJ. Ocupa a posição de *Research Fellow* no The Baldy Center for Law & Social Policy da SUNY Buffalo Law School.

**Resumo:** O presente artigo tem por objeto a aferição do risco da inexecutabilidade de sentenças arbitrais proferidas contra Estados em função do escudo da imunidade executória do Estado. Tendo-se em vista a importância da adequada precificação do investimento neste tipo de disputa, o que poderá amenizar a possibilidade de perda de performance do *funder*, o tema é também de especial relevância para o atual contexto dos litígios globalizados em função da sua contribuição com o fomento do instituto do *third-party funding* (TPF), no mercado da arbitragem internacional. Assim, após revisar a literatura que trata sobre o produto do *third-party funding*, as peculiaridades das arbitragens travadas contra Estados e a evolução dos conceitos de imunidade estatal, tanto na comunidade internacional, quanto nos países que especificamente chegaram a legislar sobre o tema, isto é, Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, o artigo busca mostrar de que forma o *funder* poderá incorporar ao seu *risk assessment* o risco da inexecução das sentenças arbitrais proferidas contra Estados.

**Palavras-chave:** *Third-party funding*. Arbitragem. Execução de sentença arbitral. Imunidade executória. *Funder's risk assessment*.

**Abstract:** The purpose of this article is to assess the risk for preventing the execution of arbitral awards made against Sovereign States due to the State's immunity shield. Given the importance of an accurate asset pricing in the business of third-party funding (TPF), the topic entails a particular relevance to the current context of globalized litigation in light of its contribution to the promotion of TPF at the international arbitration community. After reviewing the literature on TPF, on the peculiarities of investment and commercial arbitrations against States and on the evolution of State immunity

<sup>1</sup> Gostaríamos de prestar agradecimentos especiais à *Leste Litigation Funding*, especialmente na pessoa do Leonardo Viveiros de Castro, pela disponibilidade em tratar das questões atinentes ao *third-party funding* e que inspiraram a produção do presente artigo, especialmente no intuito de esclarecer uma questão tão complexa quanto à execução de sentenças arbitrais estrangeiras contra Estados. Em reconhecimento ao papel da Leste não apenas em trazer o instituto do TPF ao Brasil como também de fomentar boas práticas no universo arbitral, prestamos este singelo reconhecimento.

(also in terms of domestic legislation, considering the local laws passed by the United States, the United Kingdom and Australia), the article aims explore how the funder should incorporate into its risk assessment the risk of not executing awards rendered against Sovereign States.

**Keywords:** Third-party funding. Arbitration. Execution of arbitral awards. Executive immunity. Funder's risk assessment.

**Sumário:** Introdução – **1** O *third-party funding* na arbitragem – **2** A arbitragem contra o Estado – **3** As imunidades estatais e a arbitragem envolvendo o Estado – **4** Adaptação do *risk assessment* do *funder* – Conclusões e considerações finais – Referências

## Introdução

Em franca expansão no universo arbitral, o financiamento de arbitragem por terceiros (*third-party funding* – TPF) engana com relação à sua atualidade. Há mais de um século, o produto já era utilizado em terras inglesas para o financiamento de demandas judiciais, o que eventualmente originou neste país limitações legislativas que visavam impedir a utilização do produto como meio de obstruir o acesso à justiça. Essas limitações ficaram conhecidas como os institutos de *maintenance* e *champerty*.

Em detrimento da sua revogação no âmbito da jurisdição inglesa, estes institutos foram sendo transplantados para outras jurisdições através da adoção do sistema da *common law*, como aconteceu no caso de Singapura e Hong Kong, que recentemente legislaram sobre o tema, igualmente decidindo pela sua revogação.<sup>2</sup>

Também no berço do TPF, desde que as denominadas *Jackson Reforms of English Commercial Litigation* entraram em vigor, em abril de 2013, o produto passou a ser reconhecido como um meio para facilitar o acesso à justiça<sup>3</sup> precisamente por permitir aos litigantes a otimização da sua exposição ao risco no curso da disputa – já que é através do mecanismo do TPF que o investidor assume os riscos do procedimento arbitral, e, em contrapartida à cobertura dos custos gerados pela disputa,<sup>4</sup> caso a investida vença, um percentual do valor da causa é repassado ao *funder*.

<sup>2</sup> Conforme ressaltam Jhangiani e Coldwell, apesar das mudanças legislativas não serem necessariamente idênticas nas duas jurisdições, os objetivos vislumbrados por Hong Kong e Singapura são semelhantes, no sentido de revogar normas que ainda possuam o poder de eventualmente invalidar contratos de financiamento arbitral, com o propósito de garantir que a indústria de TPF esteja propriamente regulada (JHANGIANI, Sapna; COLDWELL, Rupert. *Third-party funding for international arbitration in Singapore and Hong Kong – A race to the top?* *Kluwer Arbitration Blog*, 2016. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/11/30/third-party-funding-for-international-arbitration-in-singapore-and-hong-kong-a-race-to-the-top/>. Acesso em: 12 jan. 2017).

<sup>3</sup> JACKSON, Sir Rupert (Org.). *Civil Justice Reform and Alternative Dispute Resolution: lecture by Sir Rupert Jackson: Chartered Institute of Arbitrators: 20/9/2016. Judiciary of England and Wales*, 2016. Disponível em: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2013/03/lj-jackson-cjreform-adr.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

<sup>4</sup> Estes custos poderão abranger desde o pagamento dos honorários arbitrais, advocatícios e periciais, às taxas de administração da câmara arbitral e outros custos acessórios, como tradução simultânea e deslocamento dos profissionais ao local onde será realizada a audiência.

Contudo, na hipótese da derrota, não é devido qualquer reembolso ao investidor, fazendo com que o investimento seja considerado *non-recourse*,<sup>5</sup> motivo pelo qual a análise do *funder* precisa ser apurada, no sentido de absorver não apenas as hipóteses do insucesso na demanda, como também as situações em que o recebimento da compensação devida à parte vitoriosa seja prejudicado.<sup>6</sup>

Com a expansão da arbitragem internacional, os *funders* passaram a apostar na transnacionalidade do litígio, seja pelo maior grau de complexidade e zonas cinzentas das demandas, seja em função dos vultuosos valores envolvidos. Parte deste crescimento diz respeito à utilização do financiamento de arbitragens nas chamadas “arbitragens de investimento”, isto é, disputas que surgem a partir de violações aos tratados de investimento internacional,<sup>7</sup> que podem ser celebrados bilateral ou multilateralmente, como é o caso do Energy Charter Treaty (ECT).<sup>8</sup> De acordo com uma pesquisa recentemente conduzida pela Queen Mary University,<sup>9</sup> mais de 60% dos casos de arbitragem de investimento compreendidos entre 2010 e 2014 utilizaram o financiamento de terceiros.

<sup>5</sup> Quando um empréstimo é tido como *non-recourse*, isto não permite que o banco ou a instituição financeira emprestadora possua acesso aos demais ativos do tomador em detrimento de um *default* (NON-RECOURSE. *Farlex Financial Dictionary*, 2009. Disponível em: <https://financial-dictionary.thefreedictionary.com/Non-Recourse>. Acesso em: 22 mar. 2019). Ou seja, quando trazemos esta definição para o conceito do financiamento da arbitragem, estamos tratando de um investimento que protege o tomador (ou seja, o litigante) da possibilidade de ter de ressarcir o investidor de eventuais prejuízos na hipótese de perda do litígio.

<sup>6</sup> SMITH, Mick. Mechanics of third-party funding agreements: a funder's perspective. In: NIEUWVELD, Lisa Bench; SHANNON, Victoria (Org.). *Third-party funding agreements*. Londres: Calunius, 2012. p. 28-30. cap. 3. Disponível em: [http://www.calunius.com/media/7098/mechanics\\_of\\_third-party\\_funding\\_agreements\\_\(mick\\_smith\\_-\\_2012\).pdf](http://www.calunius.com/media/7098/mechanics_of_third-party_funding_agreements_(mick_smith_-_2012).pdf). Acesso em: 24 jan. 2017. Neste capítulo, Smith elenca particularmente o que determinará o valor de uma demanda ao *funder*, trazendo como uma das variáveis a *recovery*, ou seja, a possibilidade de, após publicada a sentença arbitral, o crédito dela decorrente não ser percebido.

<sup>7</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2012. p. 2-16. De acordo com os autores, os tratados bilaterais de investimento têm origem datada em 1778, quando Estados Unidos e França concluíram o seu primeiro tratado comercial, principalmente endereçando questões relacionadas ao comércio bilateral, mas também contendo regras relacionadas à compensação no caso de eventuais expropriações. TBI têm como principal objetivo o fomento do investimento bilateral entre dois países, trazendo provisões que visam principalmente garantir a proteção ao investidor, não apenas com relação a situações mais graves de expropriação, por exemplo, como também no que diz respeito a outros padrões de proteção – acesso à justiça e ao devido processo legal, proteção contra medidas arbitrárias e discriminatórias por parte do Estado, preservação de direitos e questões envolvendo situações de Força Maior.

<sup>8</sup> “O ECT é um tratado multilateral de investimento assinado em 1994, mas que apenas veio a entrar em vigor em abril de 1998. Assinado hoje por 54 membros (levando em consideração a União Europeia), as provisões do tratado focam em quatro grandes áreas, quais sejam: (i) a proteção dos investimentos estrangeiros e contra principais riscos não-comerciais; (ii) condições não-discriminatórias ao comércio de materiais, produtos e equipamentos energéticos com base nas regras da Organização Mundial do Comércio (OMC), além de provisões visando garantir um transporte transfronteiriço de energia seguro; (iii) resolução de disputas entre Estados-Membros e entre investidores e Estados-Membros; e (iv) promoção de eficiência energética e tentativa de minimizar o impacto ambiental da produção e uso de energia” (tradução nossa) (INTERNATIONAL ENERGY CHARTER. *The energy charter treaty*. Disponível em: <http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>. Acesso em: 14 mar. 2017).

<sup>9</sup> QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON (Coord.). ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party. *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, 2015. Disponível em: [http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html). Acesso em: 13 jan. 2017.



Diferentemente das arbitragens de investimento, em que necessariamente ocorre o envolvimento do Estado em um dos polos da disputa, arbitragens comerciais poderão envolver o Estado, caso o contrato assim dispuser ou nos casos em que haja a celebração de um compromisso arbitral.<sup>10</sup> Como aponta Böckstiegel, há ainda outras particularidades que distinguirão as duas modalidades arbitrais no que diz respeito às discussões de admissibilidade, previsibilidade, consistência e confidencialidade das decisões.<sup>11</sup> Não obstante tais diferenças, o elemento comum às arbitragens comerciais contra Estados e às arbitragens de investimento é a chamada imunidade executória do Estado, o que pode vir a dificultar a execução de uma futura sentença arbitral neste contexto.

As imunidades estatais são institutos inerentes ao nascimento da própria figura do Estado, cuja origem visava preservar a verticalidade da relação do soberano com os seus súditos. Diferentemente do que historicamente ocorreu com a imunidade jurisdicional do Estado, a relativização da imunidade executória foi prejudicada pelo fato de ser doutrinariamente interpretada como uma matéria de cunho político e não processual.<sup>12</sup>

Como até hoje não há consenso na comunidade internacional a respeito da harmonização no tratamento da imunidade executória dos Estados, tendo em vista que a *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (2004) ainda não entrou em vigor,<sup>13</sup> a despeito de um pequeno grupo de Estados que legislaram sobre o tema, o que inclui Estados Unidos, Reino Unido e Austrália. Todos os demais Estados continuaram valendo-se do direito costumeiro internacional para determinar se a imunidade executória será ou não relativizada aplicando como regra a sua manutenção.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Os casos mais comuns de arbitragens comerciais envolvendo o Estado envolvem contratos de infraestrutura, que normalmente remontam a *joint-ventures* estatais e contratos para a prestação de serviços ao Estado, geralmente ligados à construção civil, óleo e gás e energia.

<sup>11</sup> BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Commercial and investment arbitration: how different are they today? *The Journal of The London Court Of International Arbitration*, v. 28, 2012. p. 578. Disponível em: [http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html). Acesso em: 12 jan. 2017.

<sup>12</sup> ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. L'exécution des décisions des juridictions européennes: Court de justice de communautés européennes et court européenne des droits de l'homme. *Annuaire Français de Droit International*, Paris, ed. 52, p. 677-724, 2006. p. 680. Disponível em: [http://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2006\\_num\\_52\\_1\\_3951](http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2006_num_52_1_3951). Acesso em: 27 mar. 2017. Nas palavras da autora: "La doctrine a également de longue date, conformément à la conception normativiste, rattaché le processus d'exécution à la sphère politique, la détachant totalement de la sphère juridictionnelle".

<sup>13</sup> UNITED NATIONS. *United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property*. Disponível em: [https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english\\_3\\_13.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf). Acesso em: 12 jun. 2017. Apesar de esta convenção haver sido aberta para a assinatura dos Estados interessados em integrá-la em 17.1.2017, até então apenas 28 Estados são signatários. Para que entre em vigor, é preciso que ao menos 30 instrumentos de ratificação sejam depositados pelos Estados-Membros da convenção.

<sup>14</sup> FINKE, Jasper. Sovereign immunity: rule, comity or something else? *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 853-881, 2010. Disponível em: <http://10.1093/ejil/chq068>. Acesso em: 27 mar. 2017.

A irrefutável insegurança jurídica gerada a partir da imunidade executória como instrumento para excepcionar o cumprimento de sentenças arbitrais proferidas em desfavor do Estado apresenta um importante desafio à análise de risco do *funder* que precisará ter em conta a possibilidade de, a despeito de uma sentença favorável, eventualmente não conseguir receber o valor do crédito devido.

Dentro deste contexto, o objetivo principal deste artigo é propor uma adaptação do *risk assessment* do *funder* de forma que seja possível absorver os riscos relacionados com a inexecuibilidade das sentenças arbitrais proferidas em face de Estados, sob a perspectiva da imunidade, sem que isto possa comprometer a subjetividade do analista. Para isto, a revisão literária trata não apenas do instituto do *third-party funding* como também realiza uma abordagem transversal acerca da execução de sentença estrangeira trazendo o entendimento de diferentes jurisdições bem como o posicionamento das câmaras arbitrais, de forma descritiva, até chegar ao modelo de *risk-assessment* que procura parametrizar os padrões a serem utilizados pelo analista ao analisar casos do gênero, dessa vez, de forma prescritiva.

O trabalho utilizou-se de fontes primárias de consulta priorizando artigos científicos de revistas de fator de impacto relevante.

Assim, o artigo será dividido, para fins didáticos, em quatro seções. Na primeira seção serão abordadas as particularidades do instituto do *third-party funding* (TPF). Na segunda seção, discutir-se-á a respeito das arbitragens envolvendo o Estado, buscando traçar as principais diferenças entre as duas modalidades arbitrais. Em seguida, a terceira seção se ocupará de desmiuçar o atual tratamento regulatório das imunidades estatais, tanto no contexto internacional, quanto no âmbito das legislações domésticas atualmente em vigor. Na quarta seção, as temáticas abordadas nas seções anteriores serão utilizadas na adaptação *risk assessment* do *funder*.

## 1 O *third-party funding* na arbitragem

O *third-party funding* surge há aproximadamente 125 anos na Inglaterra, quando a arbitragem já era um procedimento custoso, o comércio crescia, e as casas comerciais tornavam-se prósperas, fazendo com que navios passassem a transportar cargas de terceiros com mais frequência.

A terceirização deste transporte provocou um número crescente de pedidos de indenização por cargas perdidas ou danificadas, fazendo com que os proprietários de navios individuais ficassem vulneráveis. Estes proprietários, portanto,

formaram uma associação, a Freight, Demurrage and Defense (FD&D), conhecida por oferecer *BTE insurance*<sup>15</sup> a este grupo.<sup>16</sup>

Hoje, o leque de instrumentos utilizados para financiar disputas é amplo, estando compreendidos nesta classificação os BTE, os *after-the-event insurance* (ATE) e os próprios honorários contingenciais, negociados por advogados com base no sucesso do litígio em que estejam atuando. O *third-party funding*, contudo, não deve ser tratado como um veículo para financiamento e sim como um veículo de investimento que envolverá não apenas uma avaliação de risco de insucesso da demanda como também uma avaliação do risco de crédito da contraparte.

Ademais, o termo *third-party funding* é atribuído na língua inglesa com o sentido não de financiar, mas de patrocinar. Na seara das causas arbitrais, os veículos de financiamento do TPF tendem a negociar entre 8 e 55% do valor da causa como remuneração,<sup>17</sup> na forma de uma cessão futura de direitos creditórios.<sup>18</sup>

É exatamente esta limitação na remuneração do *funder* que estará condicionada à vitória do litígio investido e que diferencia o TPF dos demais modelos de financiamento de disputas supramencionados, tornando-se um investimento *non-recourse*, ou seja, sempre que a parte financiada for vencida o *funder* nada recebe.

<sup>15</sup> HODGES, Christopher; PESNER, John; NURSE, Angus. Litigation funding: status and issues. *Centre for Socio-Legal Studies, Oxford Lincoln Law School*, p. 11-13, jan. 2012. p. 11. Disponível em: [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/litigation\\_funding\\_here\\_1\\_0.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/litigation_funding_here_1_0.pdf). Acesso em: 14 abr. 2017. De acordo com o autor, *Before-the-Event Insurance* é um tipo de veículo que carrega o princípio que originou o *third-party funding*: apostar em uma disputa. Contudo, enquanto o TPF aposta na disputa em si, já sendo possível calcular-se a probabilidade de vitória da parte investida, o BTE aposta na possibilidade de haver uma disputa, tratando-se, portanto, de um seguro contratado antes que qualquer litígio venha a ocorrer, com o objetivo de oferecer proteção aos custos da futura contratação de um advogado para atuar na disputa. Geralmente, o cliente pagará uma apólice anual para a contratação do serviço.

<sup>16</sup> Como explica o periódico comemorativo da Neptia, a difusão de seguros nesta época precedeu a figura da Companhia de Responsabilidade Limitada, o que tornava o produto único e também bastante requisitado entre os proprietários de navios que buscavam respaldar-se de riscos indesejáveis (NEPTIA. *Celebrating 150 years of the North of England Protecting & Indemnity Association*. London: Neptia, 2012. Disponível em: <http://www.nepia.com/media/136569/150Book.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017).

<sup>17</sup> Esse intervalo percentual é defendido no *Consultation Paper da Third-Party Funding for Arbitration Subcommittee for the Law Reform Commission of Hong Kong (October 2016)*, em consonância com os seguintes dados empíricos apresentados: *Stoczna Gdanska SA v. Latreefers Inc* [2001] CLC 1267 (CA) (55% entitlement); *Hall v. Poolman* [2007] NSWSC 1330 (50% entitlement); *Groewood Holdings plc v. James Capel & Co Ltd* [1995] Ch 80 (50% entitlement); *Farmer v. Mosely (Holdings) Ltd* [2001] 2 BCLC 572 (40% and 50% entitlements); *ANC Ltd v. Clark Goldring & Page Ltd* [2001] BCC 479(CA) (50% entitlement); *Claire Keeley (a firm) v. Treacy* (2003) 28 WAR 139 (35% on success at trial, 45% on successful settlement); *Arkin v. Bochart Lines Ltd* [2005] 1 WLR 3055 (CA) (25% entitlement for first £5m damages and 23% thereafter); *QPSX Ltd v. Ericsson Australia Pty Ltd* (2005) 219 ALR 1 (17% entitlement on resolution pretrial, 24% on resolution after trial begins); *Regina (Factortame Ltd) v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* (No 8) [2003] QB 381 (CA) (8% entitlement).

<sup>18</sup> Essa cessão de direitos creditórios é negociada em troca do pagamento das custas do procedimento arbitral, incluindo não apenas os honorários advocatícios, como também os honorários dos árbitros, as custas administrativas da câmara arbitral, as custas periciais e as demais custas acessórias, a exemplo da locomoção dos árbitros e da tradução simultânea das audiências.

O modelo de TPF já está tão disseminado que em 2011 fundou-se a Association of Litigation Funders (ALF), atualmente composta por sete membros-fundadores, entre os quais uma companhia publicamente listada na London Stock Exchange e as demais companhias privadas operando como fundos de investimento privado e reguladas pela UK Financial Conduct Authority.<sup>19</sup> O instrumento legal para a celebração do contrato entre o *funder* e a *parte investida* é o contrato de cessão de direitos creditórios futuros ou *funding agreement*. Tamanha é a centralidade deste instrumento para o universo de financiamento arbitral que muito se discute a respeito da possibilidade de divulgação do referido contrato ao tribunal arbitral tendo em vista que a partir do percentual de deságio oferecido pelo fundo o juiz poderá realizar uma análise mais acertada sobre a procedência da demanda.<sup>20</sup>

Em 2008 o estado de Ohio (EUA) decidiu por bem regular os contratos de TPF obrigando *funders* a divulgá-los caso o contrato de financiamento os permitissem exercer o poder de controle sobre o litígio.<sup>21</sup> Na mesma direção seguiram os estados de Maine<sup>22</sup> e Nebraska.<sup>23</sup> O propósito desta regulação, como bem pontua Beinster,<sup>24</sup> é de que o efeito do TPF seja controlado de modo que não passe a funcionar como uma forma de bloquear as causas com baixa probabilidade de êxito. É particularmente nesta discussão em que se iniciam as problemáticas no entorno da regulação do TPF.

Sendo o TPF um invento originalmente inglês, foi também no Reino Unido que ele sofreu proibição através dos institutos de *maintenance* e *champerty*. *Maintenance* diz respeito ao financiamento ou patrocínio de assistência a um litigante quando seu financiador/patrocinador não tem nenhum tipo de conexão ou interesse válido na causa. *Champerty* guarda essencialmente o mesmo significado, sendo que, neste caso, o financiador/patrocinador mantém um interesse

<sup>19</sup> ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS. *Membros fundadores da associação*. Disponível em: <http://associationoflitigationfunders.com/membership/membership-directory/>. Acesso em: 14 abr. 2017. De acordo com o levantamento efetuado pelo Subcomitê de TPF da comissão de Reforma Legislativa de Hong Kong, as potenciais fontes de recursos destes fundos são ações emitidas por *funders* publicamente listados no mercado; investimentos provenientes da indústria de *private equity*; empréstimos bancários e de outras instituições financeiras e investidores em geral (indivíduos de alto patrimônio líquido; investidores corporativos; fundos universitários compostos por doações às instituições de ensino; e até mesmo fundos de pensão, atuando com parte do seu capital reservado para a participação em investimentos de risco).

<sup>20</sup> AVRAHAM, Ronen; WICKELGREN, Abraham. Third-party litigation funding: a signaling model. *DePaul Law Review*, v. 63, 233rd ser., p. 249-250, 2014.

<sup>21</sup> BEISNER, John; MILLER, Jessica; RUBIN, Gary. *Selling lawsuits, buying trouble: third-party litigation funding in the United States*. Washington D.C.: U.S. Chamber Institute For Legal Reform, 2009. p. 3-4. Disponível em: <http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/thirdparty litigation financing.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

<sup>22</sup> ME. REV. STAT. tit. 9-A, §§12-101 to -107 (2007).

<sup>23</sup> NEB. REV. STAT. §§25-3301 to -3309 (2010).

<sup>24</sup> BEISNER, John; MILLER, Jessica; RUBIN, Gary. *Selling lawsuits, buying trouble: third-party litigation funding in the United States*. Washington D.C.: U.S. Chamber Institute For Legal Reform, 2009. p. 2. Disponível em: <http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/thirdparty litigation financing.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.



financeiro direto na causa. A explicação histórica para a proibição dos dois institutos remete ao tempo em que indivíduos comprariam uma causa fraca para, através da intimidação que o patrocínio de um lorde causaria, torná-la bem-sucedida.<sup>25</sup> Hong Kong e Singapura, por exemplo, são herdeiras destes institutos tendo muito recentemente permitido a sua desregulamentação.

Não obstante as evoluções legislativas procurando evitar que a adoção destes conceitos fosse utilizada com o objetivo de anular os efeitos dos contratos de TPF, Avraham e Wickelgren pontuam que alguns estados americanos endossaram recentemente este tipo de iniciativa, o que, semelhantemente, ocorreu com relação à doutrina da usura, apesar de possuir características completamente distintas à estrutura do TPF.<sup>26</sup>

Contudo, é importante pontuar que não são apenas proibições legislativas que buscam regular a utilização do TPF – há também diretrizes no contexto da comunidade arbitral internacional que delineiam os parâmetros para a sua utilização, como é o caso da *2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*.<sup>27</sup> Tais *guidelines* são uma compilação de boas práticas que exemplificam condutas que comprometeriam a imparcialidade e independência dos árbitros bem como da secretaria das câmaras arbitrais e dos próprios *funders*. Foi elaborada por um subcomitê de juristas de distintas nacionalidades e experientes em arbitragem internacional.<sup>28</sup>

Assim, quando os fundos de investimento especializados no financiamento de disputas, sejam estas arbitrais ou judiciais, decidem a respeito de uma possível aposta, eles estão, antes de tudo, tomando uma decisão de investimento que envolve riscos consideráveis, como exemplo, o risco de prejudicar o andamento do

<sup>25</sup> Conforme precedente citado pelo *Hong Kong Consultation Paper* durante dita reforma legislativa, as doutrinas inglesas de *champerty* e *maintenance* procuravam prevenir a utilização de institutos análogos aos jogos de azar no litígio, ou quaisquer institutos correlatos que viessem a oprimir os seus participantes a partir do encorajamento de ações injustas, de modo a serem considerados contrários à ordem pública (tradução livre). Na sua versão original: “[...] gambling in litigation, or of injuring or oppressing others by abetting and encouraging unrighteous suits, so as to be contrary to public policy [...]” (High Court at Bengal. *Ram Coomar Coondoo v. Chunder Canto Mookerjee* – 1876).

<sup>26</sup> Conforme pontuam os autores, a lógica da usura pressupõe que, além de existir uma cobrança de juros com base no montante principal, estes juros seriam abusivos (AVRAHAM, Ronen; WICKELGREN, Abraham. *Third-party litigation funding: a signaling model*. *DePaul Law Review*, v. 63, 233rd ser., p. 249-250, 2014. p. 244).

<sup>27</sup> INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. Adopted by resolution of the IBA Council on October 2014. Londres: IBA, 2014. p. 2.

<sup>28</sup> Apesar de serem bastante utilizadas, tanto em arbitragens internacionais, quanto em arbitragens domésticas, essas diretrizes publicadas pela *International Bar Association (IBA)* não são vinculantes, permitindo que os próprios tribunais tenham discricionariedade para decidir sobre as melhores formas de coibir tais práticas. Um exemplo disto são as diretrizes recentemente publicadas pela CAM-CCBC, através da Resolução Administrativa CAM-CCBC nº 18, de 20.7.2016. No documento, recomenda-se às partes que reportem a existência de financiamento de terceiros, descrevendo qual seria o procedimento para realizar possíveis verificações de conflitos de interesse com o objetivo de garantir a imparcialidade dos árbitros.

procedimento arbitral em detrimento da própria participação do *funder* ainda que como terceiro interessado na disputa.<sup>29</sup>

Conforme pontuam De Brabandere e Lepeltak,<sup>30</sup> entre os critérios utilizados nesta decisão estão: (i) a probabilidade de sucesso da demanda; (ii) a probabilidade de retorno da demanda tendo em conta o valor da causa; (iii) a complexidade da disputa e o tempo necessário para a sua resolução; (iv) os custos da disputa; (v) os custos de uma possível derrota incluindo a possibilidade de cobrança dos *adverse costs*; (vi) a capacidade da requerida de arcar com o ônus da sentença e os ativos que poderão ser utilizados para satisfazer a dívida; (vii) a qualidade da representação legal da requerente (parte investida); (viii) a natureza da relação entre o *funder* e a representação legal da requerente; (ix) a área de expertise do *funder*; (x) outros riscos envolvidos, como a jurisdição segundo a qual o caso está sendo julgado, a complexidade da execução da sentença arbitral (principalmente se os ativos da requerida encontram-se no exterior e a possibilidade de pedidos contrapostos; e (xi) o portfólio do *funder* e a sua respectiva possibilidade de assunção de riscos dentro da composição estratégica criada no veículo.

Estes fatores podem ser compilados em três classes: na primeira, estariam os elementos que dizem respeito ao conflito em si e que fazem parte de uma análise judicial da demanda (inclusive aqui uma análise sobre a qualidade da gestão processual); na segunda, os elementos relacionados ao cumprimento da sentença arbitral incluindo a capacidade financeira da requerida de arcar com o valor da condenação e possíveis barreiras jurisdicionais; e na terceira, fatores que determinam a disponibilidade do próprio *funder* com relação ao seu portfólio.

O objeto deste artigo diz respeito à segunda classe, ou seja, o possível comprometimento da exequibilidade das sentenças proferidas em face do Estado pela oposição de imunidades estatais.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Este risco diz respeito à necessidade de divulgação da existência de um financiamento, o que tem sido encorajado, inclusive, pelas câmaras arbitrais. Trata-se de um risco exatamente por elucidar alguns pleitos contrários, como é o caso do *security for costs*. Conforme leciona José Victor Zakia, este instituto trata-se de uma medida cautelar que visa garantir um provimento futuro a partir do pagamento das custas e despesas processuais, bem como as verbas de sucumbência, sendo uma decisão que normalmente beneficia as partes requeridas, reequilibrando a situação processual (In ZAKIA, José Victor Palazzi. *Security for costs na arbitragem: da utilidade e da necessidade da medida*. CBAr, 20 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/blog/artigos/security-for-costs-na-arbitragem-da-utilidade-e-da-necessidade-da-medida>. Acesso em: 21 mar. 2018).

<sup>30</sup> DE BRABANDERE, Eric; LEPELTAK, Julia. Third party funding in international investment arbitration. *Grotius Centre for International Legal Studies Working Paper*, n. 1, 2014. p. 5-6.

<sup>31</sup> Sobre a importância da temática no universo do TPF, Rowles Davies pontua: "The subject of enforceability is extremely important for a litigation funder. There is little point in funding a case to a successful outcome if ultimately there is no obvious route to obtaining the proceeds of the litigation and the return on your investment. Accordingly, whilst the merits of a case are vital, of equal importance is the ability to recover the damages. Funders will consider carefully the prospects of recovery and enforcement and will conduct extensive due diligence to ensure they are satisfied" (ROWLES-DAVIES, Nicholas. *Third party litigation funding*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 221).

Neste sentido, pode-se dizer que os grandes obstáculos com relação à atuação do *funder* no que diz respeito à execução das sentenças arbitrais estão nas hipóteses em que uma sentença arbitral estrangeira precise ser executada em jurisdição estrangeira tendo-se em vista a localização diversa dos ativos da parte vencida.

Com o propósito de solucionar e discutir questões pertinentes ao reconhecimento e a exigibilidade de sentenças arbitrais,<sup>32</sup> o então Conselho Econômico e Social das Nações Unidas desenvolveu a *UN Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, também conhecida como Convenção de Nova York de 1958,<sup>33</sup> hoje um dos principais instrumentos utilizados em arbitragens internacionais, com um total de 1750 decisões judiciais mapeadas em 65 diferentes jurisdições que em algum momento referem-se à convenção no percorrer de sua fundamentação, conforme aponta a própria Uncitral em seu mapeamento institucional.<sup>34</sup>

Não obstante a difusão deste instrumento mesmo em jurisdições que vienciaram uma substancial evolução legislativa a respeito do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, como é o caso do Brasil,<sup>35</sup> a temática ainda não dispõe de jurisprudência assentada,<sup>36</sup> o que, por criar insegurança jurídica, também obriga o *funder* a constantemente consultar o posicionamento dos tribunais domésticos do local da execução que envolver sentença arbitral estrangeira.

Finalmente, é importante pontuar que as problemáticas relacionadas à exequibilidade das sentenças arbitrais tornam-se mais complexas na medida em que a parte vencida possui incentivos para não cumprir com a sentença arbitral,

<sup>32</sup> No *website* oficial da convenção há não apenas um mapeamento das decisões judiciais que dela se utilizam, como também os principais temas discutidos nestas decisões, estando divididos por tópicos, sendo a imunidade soberana um deles, com pelo menos 39 decisões mapeadas sobre o tema (VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *New York Arbitration Convention*. Nova York: [s.n.], 1958).

<sup>33</sup> Essa convenção é integralmente internalizada no Brasil através do Decreto nº 4.311, de 22.7.2002.

<sup>34</sup> UNCITRAL. *Status map* – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Disponível em: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status\\_map.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status_map.html).

<sup>35</sup> Segundo Vázquez, as evoluções legislativas brasileiras sobre este tema, bem como a paralela flexibilização do conceito de soberania nacional, certamente contribuíram com uma melhor projeção do país no cenário internacional (RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Angeles. Los efectos de la globalización en el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras: la superación del exequátur. *Globalización y Derecho*, p. 537-538, 2003. p. 537).

<sup>36</sup> O próprio ordenamento jurídico brasileiro carece de uma aplicação mais sistematizada da referida convenção, conforme pontuam Nádia de Araújo e Ricardo Ramalho: “O Brasil conta com uma legislação moderna e perfeitamente funcional, adaptada à realidade normativa, doutrinária e pragmática na arbitragem comercial internacional. O Código de Processo Civil de 2015 apresenta importantes progressos, nas matérias pertinentes à cooperação jurídica internacional, principalmente no que respeita às sentenças judiciais estrangeiras. No tocante às sentenças arbitrais estrangeiras, prevalece o direito internacional positivo, pactuado pelos Estados via convenções internacionais, especialmente a Convenção de Nova Iorque, cuja aplicação precisa ser mais frequente e familiar no Superior Tribunal de Justiça” (grifos nossos) (ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma (Org.). *20 anos da Lei de Arbitragem*: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1. ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2017. p. 15-16).

apesar de este comportamento ser contraditório com relação à lógica econômica defendida pela literatura.<sup>37</sup>

Ademais, como a utilização do TPF em disputas arbitrais envolvendo Estados tem se restringido ao financiamento do polo contrário, considerando que os Estados normalmente detêm recursos suficientes para a condução do procedimento arbitral ou, não sendo o caso, têm a seu dispor opções de financiamento mais baratas.<sup>38</sup>

Assim, nas arbitragens de investimento, as regras da Convenção do ICSID, que regulam a adjudicação das sentenças arbitrais proferidas por este tribunal, são particularmente atrativas ao *funder* tendo em vista que seu art. 54(1) impõe uma obrigação a todos os Estados-Contratantes de executar uma sentença arbitral proferida pelo ICSID da mesma forma que executariam uma sentença judicial proferida por suas próprias cortes domésticas.<sup>39</sup>

Entretanto, o regime da Convenção de Washington não se estende ao rito da execução em si, ocasionando, mais uma vez, a manutenção das disposições do foro da execução com relação à imunidade executória<sup>40</sup> em consonância com o art. 54(3).

Ou seja, apesar de a execução de sentenças proferidas pelo ICSID gozar de um processo executório facilitado com relação àquele endossado pela Convenção de Nova York (que se aplicará às arbitrais comerciais travadas contra Estados), a interferência da imunidade executória será semelhante em ambas as situações, o que, mais uma vez, significa um importante entrave à análise de risco do *funder*.

## 2 A arbitragem contra o Estado

Como já mencionado, as arbitragens envolvendo Estados poderão assumir a forma de arbitragens de investimento ou arbitragens comerciais. Nas arbitragens de investimento os tratados para o fomento de investimento, tanto bilaterais quanto multilaterais, remetem aos anos da colonização na medida em que eram utilizados como instrumentos de troca no processo de reconhecimento da independência

<sup>37</sup> Pugliese e Salama apontam como principais razões para a adoção de cláusulas arbitrais nos contratos a redução de custos de transação na adjudicação da disputa e o favorecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o seu cumprimento (PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, p. 15-27, 2008).

<sup>38</sup> Um Estado poderia, por exemplo, emitir títulos de dívida pública com o objetivo de bancar a sua atuação no polo de uma demanda arbitral.

<sup>39</sup> DE BRABANDERE, Eric; LEPELTAK, Julia. Third party funding in international investment arbitration. *Grotius Centre for International Legal Studies Working Paper*, n. 1, 2014. p. 9.

<sup>40</sup> PARRA, Antonio R. Secretary-General of the ICCA and Former Deputy Secretary-General of ICSID. In: JOINT COLLOQUIUM ON INTERNATIONAL ARBITRATION, 24<sup>th</sup>, 2007, Paris. *The Enforcement of ICSID Arbitral Awards...* Paris: ICSID, 2007. p. 3-4.

destas colônias.<sup>41</sup> Outra nuance importante destes tratados consiste na presença da famosa cláusula da nação mais favorecida, a partir da qual o país obriga-se a estender quaisquer benefícios já atribuídos a outros países ao país contratante.

Assim como os tratados desiguais utilizados pelo Brasil, os tratados de investimento firmados no século XIX tinham a peculiaridade de proteger a propriedade do investidor simplesmente fazendo referência ao regime de proteção doméstico, ou seja, sem criar um sistema de proteção autônomo.<sup>42</sup>

Dessa forma, o desenvolvimento de um maior grau de responsabilidade estatal através do regime que ficaria conhecido como *minimum standards* objetivava a proteção do investidor estrangeiro, o que acabou deslanchado especialmente em função da necessidade de atrair investimentos estrangeiros para bancar o desenvolvimento dos países periféricos.

A transição da submissão ao regime doméstico à adoção de parâmetros mínimos internacionalmente reconhecidos, contudo, não foi tão pacífica. Em 1868, o jurista argentino Carlos Calvo publica um estudo<sup>43</sup> através do qual propõe o redimensionamento da submissão dos subdesenvolvidos a este tipo de regime jurídico. Não obstante a necessidade de atração de investimentos estrangeiros foi preponderante ignorando a análise de Calvo. Assim, após a Revolução Russa de 1917, os *minimum standards* já reverberavam no modelo de tratado bilateral utilizado globalmente.

No percurso do século XX, o número de tratados, bilaterais e multilaterais, escalonou. Segundo Montt,<sup>44</sup> se no século anterior a disputa era travada entre os *national standards* defendidos por países subdesenvolvidos e os *minimum standards* por países desenvolvidos, a disputa do século XX, por sua vez, passou a ser entre a *expropriação sem indenização* e a *expropriação com indenização*. De acordo com estudos divulgados pela Unctad,<sup>45</sup> o modelo geralmente adotado entre

<sup>41</sup> O primeiro tratado celebrado pelo Brasil após sua independência, em 1822, foi o Tratado da Amizade, Comércio e Navegação com a Grã-Bretanha, inaugurando o famoso período dos tratados desiguais, ou seja, tratados de investimento através dos quais o Brasil diminuía a sua alíquota de importação em troca do seu reconhecimento na qualidade de Estado independente.

<sup>42</sup> Conforme pontua Dolzer, um exemplo claro desta referência doméstica pode ser visto na cláusula 2(3) que trata da proteção de investimento estrangeiro, extraída do tratado firmado entre Estados Unidos e Suíça em 1850, *in verbis*: “In case of [...] expropriation for purposes of public utility, the citizens of one of the two countries residing or established in the other, shall be placed on an equal footing with the citizens of the country in which they reside in respect to indemnities for the damages they may have sustained” (DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2012. p. 1-2).

<sup>43</sup> CALVO, Carlos. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. 2. ed. Paris: D’Amyot, 1868. p. 57-60. Disponível em: [http://fama2.us.es/fde/indices/1023\\_derechoInternacionalDeEuropaYAmerica.pdf](http://fama2.us.es/fde/indices/1023_derechoInternacionalDeEuropaYAmerica.pdf). Acesso em: 14 abr. 2017.

<sup>44</sup> MONTT, Santiago. *State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation*. Portland, US: Hart Publishing, 2009. p. 31-32.

<sup>45</sup> UNCTAD. *Bilateral investment treaties 1995–2006: trends in investment rulemaking*. Genebra: UNCTAD, 2009. p. 141-145. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.



países com grau de desenvolvimento distinto também passou a ser adotado nos tratados firmados entre países subdesenvolvidos originando a partir da década de 1990 um movimento que procurava entender e interpretar as implicações dos tratados já firmados ao invés de engajar-se na negociação de novos tratados.<sup>46</sup>

Contudo, a cláusula arbitral originalmente utilizada nestes tratados está bastante distante da atual, isto porque, originalmente, o foro competente para contemplar as controvérsias insurgidas a partir da interpretação destes tratados era a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e, quando não fosse, seriam os chamados tribunais *ad hoc*. Em ambas as hipóteses se admitiam apenas litígios entre Estados soberanos.

Foi apenas com o BIT (*Bilateral Investment Treaty*) firmado entre Itália e Chad em 1969<sup>47</sup> que a participação direta do investidor estrangeiro lesado, nos termos das disposições do tratado de investimento, passou a ser permitida, majorando, assim, a quantidade de tratados negociada e consequentemente a quantidade de disputas.

Em 1965, fruto da iniciativa do Banco Mundial, a Convenção de Washington de 1965 cria o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), que passa a ser o principal foro para a submissão das disputas com base nos tratados de investimento.<sup>48</sup> Desde o primeiro julgado em arbitragem de investimento, referente à disputa travada entre Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) e a República do Sri Lanka<sup>49</sup> em 1990, com base no tratado firmado entre Reino Unido e Sri Lanka, o ICSID julgou 534 casos, além de outros 53 casos julgados pelo ICSID Additional Facility,<sup>50</sup> estrutura que foi criada em 1978 oferecendo mecanismos de resolução alternativa de disputas para conflitos que fujam do escopo de atuação do ICSID.

De acordo com Dolzer,<sup>51</sup> os principais temas em discussão neste tipo de conflito dividem-se entre temas que dizem respeito à arbitrabilidade do conflito e temas meritórios. Com relação ao primeiro grupo, os conceitos de investidor e do

<sup>46</sup> É dentro deste contexto que o direito do investimento internacional surge como um campo de estudo independente.

<sup>47</sup> INVESTMENT POLICY HUB (Org). *Italia-Chad 1969 BIT*. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/659>. Acesso em: 27 abr. 2017.

<sup>48</sup> Hoje, com 161 países signatários, a convenção conta com 153 ratificações, a partir das quais os signatários aceitam-na como o conjunto de regras procedimentais aplicáveis às suas disputas.

<sup>49</sup> INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES – ICSID. Arbitration Tribunal. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka (ARB/87/3)*. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

<sup>50</sup> INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES – ICSID. Arbitration Tribunal. *The ICSID Caseload Statistics*. 1. ed. Paris: ICSID, 2017. p. 8. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.

<sup>51</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2012. p. 44-76.

que pode ser considerado um investimento para os fins do tratado são fulcrais, ao passo que as questões meritórias estão relacionadas com os padrões de proteção do investidor.<sup>52</sup>

Uma última peculiaridade com relação às arbitragens de investimento trata-se da existência das chamadas “cláusulas guarda-chuva”, que possuem o condão de trazer outras obrigações contratuais assumidas pelo Estado para dentro do escopo de um tratado de investimento mesmo havendo sido celebrado bilateralmente.<sup>53</sup>

Neste sentido, Dolzer entende que um dos efeitos destas cláusulas é o de turvar a distinção entre a arbitragem de investimento e a arbitragem comercial, tendo em vista que na sua aplicação violações aos contratos comerciais celebrados com o Estado podem valer-se da cláusula arbitral do tratado, criando uma interlocução entre o direito doméstico, o direito internacional público e as próprias disposições contratuais acordadas entre o Estado e o investidor. Em outras palavras, esta cláusula elevará uma demanda essencialmente contratual ao *status* de uma demanda compreendida no âmbito do sistema TBIs-ICSID. A origem desta

<sup>52</sup> São exemplos destes padrões de proteção ao investidor o tratamento justo e igualitário; a proteção e segurança integral do investidor; e o acesso à justiça e ao devido processo legal. O primeiro padrão de proteção, também conhecido como *fair and equitable treatment* (FET) trata-se do tema mais invocado nas disputas envolvendo tratados de investimento e também o de maior relevância, tendo em vista que as sentenças que determinam o pagamento de uma compensação ao investidor em geral incluem este tipo de violação. Tão grande é a sua relevância que foi objeto de uma tentativa das Nações Unidas de harmonizar a conduta de corporações transnacionais através da *1983 United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations* (UNCTAD. *International investment instruments: a compendium*. Genebra: UNCTAD, 2003. v. 12. p. 172. Disponível em: [http://unctad.org/en/Docs/dite4volxii\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/dite4volxii_en.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017). Acontece que a função precípua deste padrão é de ser um princípio norteador, responsável por preencher as lacunas de disposições contratuais mais específicas. Dolzer inclusive pontua que a sua utilização decorre da tradição de países de *civil law*, que tendem a utilizar princípios como a boa-fé contratual para preencher as demais lacunas deixadas por cláusulas contratuais mais específicas. Não obstante, o FET continua sendo considerado um padrão autônomo. A aplicação do FET, por sua vez, se desdobrará em cinco categorias distintas, quais sejam: (i) estabilidade e proteção das legítimas expectativas do investidor; (ii) transparência; (iii) cumprimento das obrigações contratuais; (iv) propriedade processual e devido processo legal; e (v) boa-fé. Cada uma destas categorias expressa uma forma diferente de aplicar o princípio do FET, em consonância com o contexto geral do tratado e com o ocorrido no caso em tela (DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2012. p. 133-134; 145-160; 179). O segundo padrão, por sua vez, dialoga bastante com o FET, tendo em vista que não é incomum que o sentido destas cláusulas seja complementado pelo princípio do FET. Dolzer, inclusive, aponta que alguns tribunais, a exemplo de *Wena Hotels v. Egypt* (2000) e *Occidental v. Ecuador* (2004), chegaram a equiparar os dois princípios. A aplicação deste padrão de proteção nos julgamentos dos tribunais normalmente está associada à segurança jurídica do investidor, cujo desdobramento será a garantia de seu acesso à justiça, conforme interpretou o Tribunal Arbitral em *Lauder v. Czech Republic* (2001). O acesso à justiça e ao devido processo legal é o terceiro padrão, visando especificamente garantir ao investidor o acesso às cortes do país receptor dos investimentos. Segundo Dolzer, três estágios do processo judicial serão contemplados dentro deste padrão, quais sejam, o direito de levar uma demanda à corte, o direito a um tratamento justo durante o procedimento e o direito a uma decisão apropriada e exequível. Pode-se dizer que este é um padrão de proteção intimamente relacionado à relativização da soberania estatal e das imunidades usufruídas pelo Estado, na medida em que visa evitar irregularidades nos procedimentos das cortes ou quaisquer outras desigualdades que venham a colocar em xeque o sucesso do investidor no litígio.

<sup>53</sup> YANNACA-SMALL, Katia. Interpretation of the umbrella clause in investment agreements. *OECD Working Papers on International Investment*, Paris, v. 3, 2006. Disponível em: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.

cláusula nos TBI remete aos prejuízos sofridos por investidores que precisavam utilizar-se do foro local para resolver as disputas contratuais contra Estados.<sup>54</sup>

É importante ressaltar, contudo, que a discussão doutrinária sobre a sobreposição jurisdicional destas cláusulas na medida em que os próprios contratos comerciais celebrados entre Estado e investidor têm foro próprio para a resolução de conflitos faz com que os tribunais impusessem limitações para a sua aplicação.<sup>55</sup> Isto devido ao fato de que não apenas contratos comerciais vinham sendo submetidos à alçada dos TBI, mas também atos unilaterais do Estado, como atos executivos e legislativos.<sup>56</sup>

No contexto das arbitragens de investimento, apesar de a Convenção de Washington endossar um processo executório simplificado às sentenças proferidas pelo ICSID, foge da sua alçada dispor sobre os procedimentos a serem seguidos nestas execuções, especialmente com relação ao tratamento dado pelas cortes domésticas à imunidade executória. Assim, em 2004, através da Resolução nº 59/38, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a chamada *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* – UNCSI, convenção internacional que objetivava uniformizar o tratamento das imunidades estatais, seja imunidade jurisdicional, seja imunidade executória.<sup>57</sup> Entretanto, desde que fora publicada, a referida convenção ainda não entrou em vigor tendo em vista o número inferior de ratificações necessário para tanto.

Ocorre que a falta de harmonização legislativa sobre o tema das imunidades ocasiona um efeito contrário ao que originalmente fora pretendido pela Convenção de Washington, na medida em que, mesmo que os Estados automaticamente revoguem a imunidade jurisdicional no momento em que ratificam dita convenção, a imunidade executória dos Estados continuaria a ser tratada de acordo com o que dispõe a lei doméstica do foro escolhido para a execução da sentença.

<sup>54</sup> Segundo Sinclair, a primeira cláusula guarda-chuva haveria sido utilizada ainda em 1954, no contrato celebrado entre a AIOC (Anglo-Iranian Oil Company) e o Iran, em função do programa iraniano de nacionalização do petróleo. Ou seja, além do consórcio celebrado com o objetivo de estabelecer um consórcio público-privado, houve também a celebração de um “tratado guarda-chuva” (SINCLAIR, Anthony C. *The origins of the umbrella clause in the International Law of Investment Protection*. 4. ed. [s.l.]: Arbitration International, 2004. v. 20. p. 411-434).

<sup>55</sup> Um exemplo da aplicação destas limitações ocorreu na interpretação restritiva da cláusula contida no tratado de investimento celebrado entre Paquistão e Suíça, em que o Tribunal, no julgamento do caso SGS v. Paquistão, entendeu que uma aplicação extensiva da cláusula poderia vir a infringir a soberania do Estado contratante.

<sup>56</sup> ARSANJANI, Mahmoud; REISMAN, W. Michael. The question of unilateral governmental statements as applicable law in investment disputes. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, v. 19, issue 2, p. 328-343, 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/icsidreview/19.2.328>. Acesso em: 14 maio 2017.

<sup>57</sup> De acordo com os autores, as diretrizes seguidas pela convenção seriam “Enhance the rule of law and legal certainty, particularly in dealings of States with natural or juridical persons, and [...] contribute to the codification and development of international law and the harmonization of practice in [the law on state immunity]” (HAFNER, Gerhard. Historical background of the convention. In: O’KEEFE, Roger; TAMS, Christian J. *The United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property (a commentary)*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 311-315).

Este entrave legislativo global originou uma série de casos judiciais domésticos em que as cortes nacionais procuraram interpretar a cláusula 54(3) do ICSID com o intuito de dirimir problemáticas relacionadas ao local de execução das sentenças arbitrais.<sup>58</sup> Pode-se dizer, portanto, que a fragmentação das regras de imunidade executória mina o espírito da Convenção, o que representa uma profunda insegurança jurídica com relação à interpretação das cortes nacionais a respeito do tema, ocasionando riscos ao requerente e, conseqüentemente, também ao *funder*.

Contudo, o envolvimento do Estado em procedimentos arbitrais não está adstrito às arbitragens de investimento, já que o Estado também poderá figurar como parte em arbitragens comerciais que, por estarem compreendidas fora dos auspícios do ICSID, poderão enfrentar objeções<sup>59</sup> relacionadas à imunidade jurisdicional mesmo antes de iniciada a execução – não obstante o posicionamento majoritário no sentido de que o tribunal não poderia sujeitar-se à imunidade, já que sujeitar-se à arbitragem foi uma liberalidade sua.<sup>60</sup>

De acordo com Böckstiegel,<sup>61</sup> a tentativa de distinguir arbitragens comerciais das arbitragens de investimento pode ser não apenas difícil, mas também ludi-briadora.<sup>62</sup> Assim, não obstante as inúmeras diferenças enumeradas pelo autor como cultura legal e procedimento para a seleção de árbitros, importa-nos revisar principalmente as questões relacionadas à (i) jurisdição (discussões de admissibilidade); (ii) previsibilidade e consistência das decisões; e (iii) confidencialidade e transparência do procedimento.

<sup>58</sup> Em *Benvenuti & Bonfant v. Republic of Congo*, o tribunal entendeu que o cumprimento da sentença seria diferente da execução propriamente dita, ou seja, apenas durante a fase da execução é que seria possível trazer à tona a discussão a respeito da imunidade executória. Em *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, por sua vez, houve uma decisão contraditória da Corte de Apelação de Paris, a qual, por um instante, interpretou a fase de cumprimento de sentença e a fase executória como uma só (PARRA, Antonio R. Secretary-General of the ICCA and Former Deputy Secretary-General of ICSID. In: JOINT COLLOQUIUM ON INTERNATIONAL ARBITRATION, 24<sup>th</sup>, 2007, Paris. *The Enforcement of ICSID Arbitral Awards...* Paris: ICSID, 2007. p. 3-4).

<sup>59</sup> Exemplos bastante recorrentes deste tipo de objeção envolvem argumentos que dizem respeito à indisponibilidade das questões de direito público, à eventual ilegitimidade da atuação de um funcionário público em nome do Estado ou mesmo a ilegalidades relacionadas à própria contratação com o ente público.

<sup>60</sup> É igualmente importante apontar a existência de uma doutrina dissidente, conforme aponta Hobér, a qual defenderá o chamado *Act of State Doctrine*, posicionamento que sustenta não ser possível submeter à arbitragem transações de natureza soberana ou mesmo transações que estejam compreendidas dentro do rol das hipóteses que envolvem a autoridade exclusiva do Estado (HOBÉR, Kaj. *Arbitration involving States*. In: HILL, Richard D.; NEWMAN, Lawrence W. (Ed.). *Leading arbitrators' guide*. 3. ed. Nova York: Juris Publishing, 2014. p. 148-149. cap. 8. Disponível em: [http://www.mannheimerswartling.se/globalassets/publikationer/article\\_leading\\_arbitrators\\_guide\\_.pdf](http://www.mannheimerswartling.se/globalassets/publikationer/article_leading_arbitrators_guide_.pdf). Acesso em: 14 maio 2017).

<sup>61</sup> BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Commercial and investment arbitration: how different are they today? *The Journal of The London Court Of International Arbitration*, v. 28, 2012. p. 578. Disponível em: [http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html). Acesso em: 12 jan. 2017.

<sup>62</sup> Neste sentido, vale citar o caso *Exxon Mobil and PDVSA v. Venezuela*, em que os investidores iniciaram ambos procedimentos arbitrais (tanto no ICSID, quanto no Tribunal Arbitral inserido na cláusula de arbitragem do contrato) por uma questão estratégica.

Nas arbitragens de investimento as discussões a respeito da competência jurisdicional do tribunal arbitral são mais frequentes, o que normalmente resultará na bifurcação dos procedimentos e ocasionará a existência de uma sentença parcial (que tratará dos temas relacionados à jurisdição) e uma sentença final (que decidirá sobre o mérito da disputa).

O autor também aponta que o consentimento do Estado para engajar-se em uma arbitragem de investimento dependerá de uma série de fatores, como a existência de um investimento em consonância com a definição trazida no escopo do próprio tratado e o enquadramento deste investidor como nacional de um dos Estados-Contratantes.<sup>63</sup> A admissibilidade de uma arbitragem comercial contra o Estado, contudo, dependerá também das disposições domésticas acerca do engajamento da Administração Pública em procedimentos arbitrais.<sup>64</sup>

Com relação ao tema da previsibilidade das decisões, pode-se dizer que, no escopo da arbitragem comercial, esta estará intimamente relacionada à confidencialidade dos procedimentos tendo em vista que, pelo fato de serem essencialmente confidenciais, a utilização de precedentes arbitrais para o embasamento de futuras decisões é muito menos recorrente do que nas arbitragens de investimento.<sup>65</sup>

Nas arbitragens de investimento, por outro lado, a situação é precisamente distinta, não apenas em função da vasta jurisprudência publicada, mas pela força persuasiva destas decisões no âmbito dos tribunais arbitrais. Não é errado, portanto, enxergar um *trade-off* entre a previsibilidade das decisões e a padronização trazida com a publicidade destas sentenças, o que trará o perigo do peso dos precedentes no processo decisório dos árbitros, arriscando assim uma das maiores peculiaridades do procedimento arbitral, qual seja, a força que as particularidades do caso concreto tem no processo de convencimento dos julgadores.

Nas arbitragens comerciais envolvendo o Estado, contudo, é possível que o dever de publicidade com relação aos atos da Administração Pública não force a divulgação apenas da existência de um procedimento arbitral contra o Estado, mas também da própria decisão na íntegra.<sup>66</sup> Não obstante as diferenças entre

<sup>63</sup> BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Commercial and investment arbitration: how different are they today? *The Journal of The London Court Of International Arbitration*, v. 28, 2012. p. 583-584. Disponível em: [http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html). Acesso em: 12 jan. 2017.

<sup>64</sup> No Brasil, por exemplo, o §1º do art. 1º da Lei nº 13.129/15 dispõe que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

<sup>65</sup> Böckstiegel, no entanto, alertará para uma possível mudança neste cenário, tendo em vista que algumas câmaras arbitrais, a exemplo da *International Chamber of Commerce (ICC)*, passaram a publicar as decisões dos tribunais arbitrais omitindo a identidade das partes envolvidas na disputa (BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Commercial and investment arbitration: how different are they today? *The Journal of The London Court Of International Arbitration*, v. 28, 2012. p. 587-588. Disponível em: [http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html). Acesso em: 12 jan. 2017).

<sup>66</sup> Os parâmetros para a divulgação de arbitragens comerciais envolvendo Estados dependerão essencialmente das características de cada ordenamento jurídico. No Brasil, por exemplo, apesar de o princípio da publicidade reger os atos da Administração Pública, não há disposição que especificamente determine de



as duas modalidades arbitrais, como já adiantado, a imunidade soberana será certamente um ponto de interseção que afetará ambas.

### 3 As imunidades estatais e a arbitragem envolvendo o Estado

A imunidade soberana assumirá duas formas diferentes: imunidade de jurisdição e imunidade de execução. O conceito de imunidade jurisdicional está relacionado ao impedimento de submissão dos Estados, formal ou materialmente, à jurisdição de seus pares, o que faz com que cada Estado exerça no seu território uma jurisdição que, apesar de ser exclusiva, não é absoluta.<sup>67</sup> O conceito de imunidade executória, por sua vez, relaciona-se com a inaptidão das cortes de determinado Estado para decretar medidas constritivas, sejam elas provisórias ou definitivas, de preparação ou acautelatórias, contra as pessoas e, em especial, contra os bens de propriedade ou de posse dos entes considerados imunes.<sup>68</sup>

De acordo com Reinisch,<sup>69</sup> foi apenas nos últimos 50 anos que grande parte das cortes nacionais adaptou suas regras de imunidade estatal de uma perspectiva absoluta para uma aplicação restritiva. Tendo surgido na Bélgica em 1840, a partir de um precedente trabalhista, a teoria da imunidade relativa foi se disseminando entre os demais países da região, tendo eventualmente sido acolhida pela Itália, Alemanha e Áustria e chegando a atravessar fronteiras, atingindo países como o Egito, a Jordânia e os Estados Unidos.<sup>70</sup>

O ponto de inflexão que originou o questionamento da imunidade absoluta foi precisamente as injustiças criadas com relação aos indivíduos que tinham seus remédios legais negados em razão da simples existência de uma imunidade estatal, ou seja, um fato completamente desconexo à sua causa de ação. Dessa forma, a utilização da distinção entre os atos de império (*jus imperii*) e os atos de gestão (*jus gestionis*) do Estado passou a ser o critério utilizado para decidir sobre a aplicação da teoria da relativização da imunidade jurisdicional, permitindo que ela viesse a ser aplicada sempre que o Estado se equiparasse a pessoa particular em atos de natureza laboral ou comercial, ou seja, sempre que exercesse atos de gestão.

---

que forma as arbitragens envolvendo o Estado precisarão ser divulgadas, fazendo com que as câmaras arbitrais adotem procedimentos distintos com relação ao tema.

<sup>67</sup> BRIERLY, James Leslie. *Direito internacional*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1965. p. 217.

<sup>68</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas de diplomacia e as imunidades. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 206.

<sup>69</sup> REINISCH, August. The international relations of national courts: a discourse on international law norms on jurisdictional and enforcement immunity. In: REINISCH, A.; KRIEBAUN, U. *The law of international relations*. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2007. p. 22.

<sup>70</sup> FRANCO FILHO, Georzenor Sousa. *Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional*. São Paulo: LTr, 1986. p. 44.

A imunidade executória, contudo, não acompanhou a rápida evolução legislativa que se deu com relação à imunidade jurisdicional, ficando conhecida como *o último bastião das imunidades de Estado*.<sup>71</sup> Um dos fatores determinantes para essa desigualdade foi o fato de que, durante muito tempo, a doutrina internacional vinculou o procedimento executório a uma matéria de cunho político ao invés de uma matéria de natureza processual.<sup>72</sup>

Contudo, apesar de a relativização da imunidade executória ser um fenômeno mais recente, julgados do século passado já enfrentavam a questão, como exemplo, no caso da decisão proferida pelo Tribunal francês em 1969.<sup>73</sup>

Não é de se surpreender que um tema de tamanha complexidade e importância não fora objeto de harmonização legislativa internacional até então. Conforme mencionado, a única tentativa capitaneada por meio da UNCSI<sup>74</sup> buscou harmonizar a renúncia à imunidade executória no sentido de que ela deverá ser explícita (ou seja, apresentando uma abordagem restritiva que privilegia a manutenção do instituto), sem sucesso, no entanto.

Não obstante as tentativas de chegar a um denominador comum sobre as hipóteses de relativização das imunidades estatais, Estados Unidos, Reino Unido e Austrália foram os únicos Estados que até hoje chegaram a legislar sobre o tema.

Nos Estados Unidos, a adoção do *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) foi responsável por cuidar das hipóteses de relativização, seja da imunidade jurisdicional, seja da executória.<sup>75</sup> O critério utilizado para definir se o caso concreto se enquadra neste rol de exceções que comportam a aplicação da imunidade estatal é conhecido como *commerciality exception*, que diz respeito ao engajamento do Estado em atividades comerciais (mais uma vez remetendo à tradicional distinção entre atos de império e atos de gestão).<sup>76</sup> É imprescindível notar-se, contudo,

<sup>71</sup> Nas palavras de Reinisch: "Traditionally, it seemed that, unlike 'restrictive' or 'relative' adjudicatory immunity concepts, immunity from execution was considered to be absolute. This may have led to its characterization as 'the last bastion of State immunity'. [...] The main reason for this difference between absolute and relative immunity is usually seen in the more intrusive character of enforcement measures compared with merely adjudicatory powers. Thus, a more cautious view is also reflected in various national and international codification attempts" (REINISCH, August. *The international relations of national courts: a discourse on international law norms on jurisdictional and enforcement immunity*. In: REINISCH, A.; KRIEBAUN, U. *The law of international relations*. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2007. p. 120).

<sup>72</sup> ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. L'exécution des décisions des juridictions européennes: Court de justice de communautés européennes et court européenne des droits de l'homme. *Annuaire Français de Droit International*, Paris, ed. 52, p. 677-724, 2006. p. 680. Disponível em: [http://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2006\\_num\\_52\\_1\\_3951](http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2006_num_52_1_3951). Acesso em: 27 mar. 2017.

<sup>73</sup> Ementa publicada na *Revue de Critique de droit privé* (Paris, 2005, p. 123).

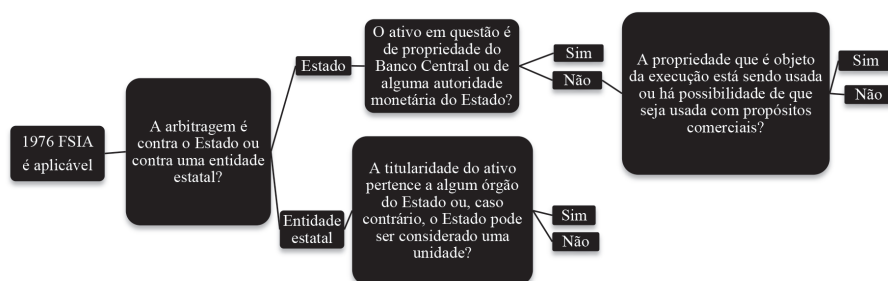
<sup>74</sup> Cláusula XIX, UNCSI.

<sup>75</sup> Dessa forma, este dispositivo irá submeter ao foro federal todos os conflitos advindos da aplicação desta diretriz, ou seja, terão competência exclusiva sobre o tema as 94 cortes distritais que compõem a instância federal do Judiciário americano.

<sup>76</sup> É, inclusive, possível verificar-se menção a este critério no caso *LNC Inv. vs Republic of Nicaragua*, em que o tribunal decidiu que "if the activity is one in which a private person could engage, it is not entitled to immunity" (*LNC Inv., Inc. v. Republic of Nicaragua*, 2000 WL 745550, at \*5 – S.D.N.Y. June 8, 2000).

que este critério não se pauta na origem da renda do Estado, mas sim na sua utilização.<sup>77</sup>

Antes de o FSIA entrar em vigor, o país era essencialmente adepto ao conceito da imunidade absoluta, fazendo com que as suas cortes domésticas simplesmente não possuísem legitimidade para julgar outros Estados que desfrutassem desta imunidade, com base no conceito da reciprocidade estatal e de acordo com a determinação do Poder Executivo que, posteriormente, apenas comunicaria ao Judiciário sua decisão.<sup>78</sup> Com a adoção do FSIA, apesar de os Estados continuarem a gozar de privilégios durante a fase do julgamento,<sup>79</sup> passou a ser possível não apenas processar como também executar um Estado soberano na medida em que ele se enquadre no conceito de Estado/Governo atribuído pela lei doméstica e se o caso concreto envolver a execução de serviços válidos também em consonância ao respectivo significado atribuído pela lei estadunidense.<sup>80</sup> Na hipótese de serem atendidos estes dois requisitos iniciais, a seguinte árvore decisória ilustrará as demais questões que precisarão ser respondidas para que a imunidade executória seja efetivamente relativizada.



Na prática é possível verificar que a aplicação do FSIA nas cortes americanas vem consistentemente favorecendo a relativização da imunidade executória nos casos envolvendo a execução de sentenças arbitrais.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Conforme claramente dispôs a Corte do *Fifth Circuit*: “What matters under the statute is what the property is ‘used for’, not how it was generated or produced. If property in the United States is used for a commercial purpose here, that property is subject to attachment and execution even if it was purchased with tax revenues or some other noncommercial source of government income. Conversely, even if a foreign state’s property has been generated by commercial activity in the United States, that property is not thereby subject to execution or attachment if it is not ‘used for’ a commercial activity within our borders” (Connecticut Bank of Comm. v. Republic of Congo, 309 F.3d 240, 251 – 5th Cir. 2002).

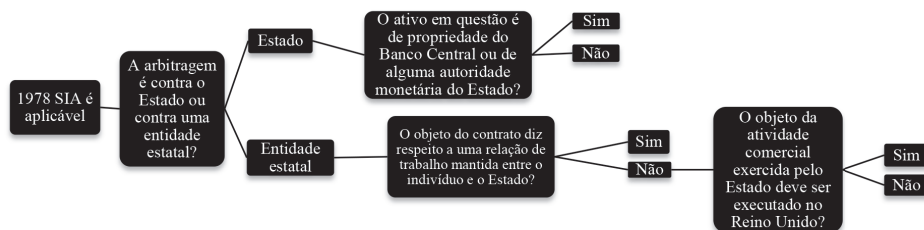
<sup>78</sup> The Foreign Immunities Act: A Guide for Judges. p. 5.

<sup>79</sup> A exemplo de prazos estendidos, direito de remover-se do tribunal distrital ao federal, direito de não ser julgado por um júri e limitações nas decisões de indenização a título punitivo.

<sup>80</sup> Bell Helicopter Textron Inc. v. Islamic Republic of Iran, 892 F. Supp. 2d, 219, 225 (D.D.C. 2012).

<sup>81</sup> O caso *Chevron v. República do Equador* ilustrou muito bem o posicionamento das cortes americanas sobre o tema, tendo em vista que o *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* reconheceu a competência do tribunal arbitral, decidindo pela relativização da soberania e consequente possibilidade de execução da sentença arbitral proferida em face do Equador. Um dos argumentos

O *State Immunity Act* (SIA), por sua vez, é a lei adotada pelo Reino Unido com o mesmo objeto e que possuirá um percurso decisório pouco mais extenso, representado, como veremos, na árvore decisória que segue.



Isto é, apesar de manter as exigências com relação à titularidade direta dos ativos, sua maior preocupação diz respeito à localidade destes ativos que precisarão necessariamente encontrar-se dentro da jurisdição inglesa, além de necessariamente satisfazer os critérios utilizados na legislação doméstica a respeito do que deverá ou não ser considerado um ativo.

Outro detalhe importante sobre a diretriz inglesa é a sua peculiar preocupação com a necessidade de um consentimento expresso de submissão ao foro arbitral por parte do Estado para que a discussão sobre excetuar a imunidade executória do Estado se faça possível.<sup>82</sup> Também é importante ressaltar que o SIA igualmente tratará dos contratos de emprego entre Estado e indivíduo, hipóteses em que as exceções à regra da imunidade não se aplicarão.

A última marcante diferença com relação à legislação americana diz respeito à aplicação do critério do *jus gestionis*, com definição semelhante à utilizada no caso do FSIA,<sup>83</sup> mas que cumula um segundo critério – de que a obrigação do Estado deva ser executada parcial ou totalmente no Reino Unido.

Finalmente, a legislação australiana, mesmo tendo sido embasada nas duas diretrizes anteriores, também apresenta particularidades, conforme aponta Griffith.<sup>84</sup> Para o autor, um dos motivos para a adoção FSIA, em 1985, foi o volume de comércio

utilizados pela corte diz respeito ao fato de que, neste caso, o Estado é quem teria o ônus de provar que a imunidade executória deveria lhe ser atribuída.

<sup>82</sup> Conforme dispõe a cláusula 13(3) da referida norma.

<sup>83</sup> *State Immunity Act, Clause 3(3)*: “(3) In this section ‘commercial transaction’ means – (a) any contract for the supply of goods or services; (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; and (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority; but neither paragraph of subsection (1) above applies to a contract of employment between a State and an individual”.

<sup>84</sup> GRIFFITH, Gavan. Foreign state immunity in Australia. In: GRAF, Jorge Barrera. *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 836-837.

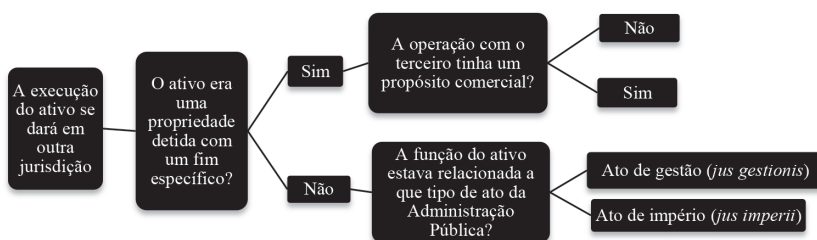
em que a Austrália se envolveu após a II Guerra Mundial.<sup>85</sup> Assim, como um produto direto da *1984 Australian Law Reform Commission* e em consonância com os debates que se sucederam no âmbito do parlamento australiano, o FSIA tinha o objetivo de transformar o país em um centro de empréstimos envolvendo risco soberano.<sup>86</sup>

Dessa forma, o processo decisório delineado pela norma australiana está ilustrado por meio da árvore decisória a seguir.



Uma dessas inovações trazidas pela lei é a importância dada para a aquisição da propriedade através de sucessão de direitos, assim como para as propriedades imobiliárias. Nestes dois casos, a exceção à imunidade executória será concedida independentemente da existência ou não do clássico propósito comercial da transação.

Alternativamente, caso a concentração dos ativos objeto da execução esteja distribuída fora do âmbito das jurisdições australiana, inglesa ou americana, a possibilidade de relativizar o conceito absoluto de imunidade executória remete aos riscos de um jogo de azar conforme ilustrado na árvore decisória a seguir.



Como já fora adiantado, a falta de harmonização internacional sobre a determinação das circunstâncias em que a relativização da imunidade executória será possível faz com que o processo decisório das demais jurisdições passe por uma etapa que analisará se a propriedade é detida em detrimento de um fim específico (*earmarked property*). É, contudo, imprescindível ressaltar a gritante ausência de

<sup>85</sup> GRIFFITH, Gavan. Foreign state immunity in Australia. In: GRAF, Jorge Barrera. *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 838.

<sup>86</sup> *Commonwealth of Australia, Parliamentary debates, House of Representatives*, 21 ago. 1985.



segurança jurídica com relação ao posicionamento tomado pelos tribunais sobre a sua aplicação.

#### 4 Adaptação do *risk assessment* do *funder*

Tendo em vista os preocupantes imbróglis no que diz respeito à ausência de harmonização legislativa sobre a relativização da imunidade executória e agora também entendendo que a avaliação de risco realizada pelo *funder* englobará não apenas os aspectos jurídicos do caso como também a análise de crédito das partes, é imprescindível que o *funder* tenha condições de aferir em que etapa deverá inserir-se a probabilidade de não executar uma sentença arbitral proferida contra Estado que goze de imunidade executória.

Dessa forma, usa-se o modelo-base para a precificação dos deságios idealmente praticados por um *funder*, qual seja  $((100-S)/S \times 100) = U$ , em que S é a probabilidade de sucesso (ProbSuc) da demanda e U é o percentual de remuneração do *funder*, ou seja, o deságio a ser aplicado tendo-se como base o valor da sentença proferida em favor da requerente.

Assim, ao calcular S, o *funder* realiza um exercício de análise que pode ser dividido em três etapas. Em primeiro lugar, a análise jurídica de procedência de cada um dos pleitos submetidos ao tribunal arbitral. Nesta primeira etapa, as variáveis levadas em conta podem ser sistematicamente enquadradas na fórmula a seguir:

$$Jur = \sum(0,2cas + 0,2doc + 0,2log + 0,2leg + 0,2evi) \quad (i)$$

Em que:

Var1(cas): Como é o posicionamento da jurisprudência sobre o tema?

Var2(doc): Como é o posicionamento doutrinário sobre o tema?

Var3(log): O que a requerente pede faz sentido com base nos fundamentos do pedido?

Var4(leg): Há uma lei específica que trata sobre o tema?

Var5(evi): Com base nos documentos disponibilizados pela requerente, há suporte probatório para os pedidos?

A segunda etapa, por sua vez, requer que o analista tenha em conta a existência de pedidos contrapostos que possam vir a reduzir o *quantum* dos pedidos originais. Assim, esta segunda etapa poderá ser representada a partir da seguinte expressão matemática:

$$Quantum = \sum(75 * Jur \text{ contraposto (em \%)} + 0,25 * ext) \quad (ii)$$

Em que:

Var1(Sucprob contraposto): para a composição desta variável, é repetida a primeira análise, calculando-se um *jur* para cada um dos pedidos contrapostos, o que representará peso 0,75 em uma variável que varia de 0 a 1.

Var2 (ext): a segunda variável, por sua vez, leva em conta se existe algum fator externo à demanda que possa vir a reduzir ou mesmo impossibilitar o levantamento do valor a ser recebido, como exemplo, compensação de créditos tributários, falência, ou imunidade executória.

Na terceira etapa, será necessário avaliar a duração do procedimento arbitral, o que deverá levar em conta a possibilidade de realização de um acordo entre as partes, podendo ser matematicamente representado por:

$$\text{Duration} = (\text{est.} - \text{dealprob}) \quad (\text{iii})$$

Dessa forma, o melhoramento que o presente projeto propõe insere-se na segunda etapa, por meio da substituição de *ext* pelo multiplicador R (*risk assessment*) que será calculado de acordo com a seguinte expressão matemática.

$$R = 0.5\text{Nat}(\alpha_1 + \alpha_2) + 0.5\text{Ren}(\beta_1 * \text{PropEUA} + \beta_2 * \text{PropUK} + \beta_3 * \text{PropAus} + \gamma * \text{PropRand}) \quad (\text{i.ii})$$

Em que:

Nat = nacionalidade da sentença arbitral.

$\alpha_1$  = possibilidade de a sentença não ser homologada por decisão das autoridades estatais, em consonância com o disposto no art. V, 1, da Convenção de Nova York.

$\alpha_2$  = possibilidade de a sentença não ser homologada por preliminar levantada pela requerida, em consonância com o disposto no art. V, 1, da Convenção de Nova York.

Ren = existência de renúncia específica à imunidade executória por parte do Estado em que se processa a execução.

$\beta_1$  = possibilidade de êxito da execução caso aplique-se o 1976 FSIA.

PropEUA = percentual dos ativos cuja execução deverá submeter-se ao 1976 FSIA.

$\beta_2$  = possibilidade de êxito da execução caso aplique-se o 1978 SIA.

PropUK = percentual dos ativos cuja execução deverá submeter-se ao 1978 SIA.

$\beta_3$  = possibilidade de êxito da execução caso aplique-se o 1985 FSIA.

PropSA = percentual dos ativos cuja execução deverá submeter-se ao SIA.

$\gamma$  = possibilidade de êxito da execução nos casos residuais.

PropRand = percentual dos ativos cuja execução será regida por outras jurisdições.

Dessa forma, sempre que o resultado de R for 0 (zero), significa que não há risco de a execução ser impossibilitada em virtude da imunidade executória ou mesmo dos entraves no que diz respeito à homologação da sentença, ao passo em que, quanto mais o coeficiente final se aproximar de 1 (um) maior será a probabilidade de ter a execução frustrada. Assim, ao considerar o *risk assessment* como uma externalidade absoluta das arbitragens contra Estados, a fórmula final do SucProb será representada por

$$S = \sum(0,2cas + 0,2doc + 0,2log + 0,2leg + 0,2ev) * \sum[50 * Jur \text{ contraposto} \\ (\text{em}\%) + 0,50 * (0,5Nat(\alpha1 + \alpha2) + 0,5Ren(\beta1 * PropEUA + \beta2 * PropUK + \\ \beta3 * PropAus + \gamma * PropRand))] * (\text{est.} - \text{dealprob})$$

Para fins didáticos, cada uma das expressões indicadas na fórmula do *risk assessment* será abordada separadamente a seguir.

#### 4.1 A nacionalidade da sentença arbitral

A dificuldade em homologar a sentença para que, uma vez homologada, seja passível de execução está exclusivamente relacionada à existência de uma disputa estrangeira em consonância com os critérios da jurisdição onde a sentença será executada.

No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, de acordo com o parágrafo único do art. 34 da Lei nº 9.307/1996, considera-se estrangeira toda sentença arbitral proferida fora do foro nacional. Assim, na medida em que cada país detém seus elementos de conexão próprios, não há uma definição harmônica a respeito do que viria a ser considerado uma sentença estrangeira, o que originou a necessidade de incluir o parâmetro *Nat* na fórmula para o cálculo do *risk assessment*.

O papel que *Nat* exerce com relação à fórmula é determinar se será ou não preciso considerar que a sentença arbitral em questão necessitará de homologação para que seja reconhecida na jurisdição em que se pretende executá-la.

Dessa forma, será atribuído 0 (zero) nos casos em que as sentenças arbitrais sejam consideradas domésticas com relação à jurisdição de sua execução e 1 (um) nos casos que envolvam sentenças estrangeiras de forma que a possibilidade de a sentença não ser homologada venha a ser computada na análise de risco do *funder*.

#### 4.2 Variáveis e a aplicação dos parâmetros para homologação no escopo da Convenção de Nova York

Por sua vez, a inclusão das variáveis  $\alpha1$  e  $\alpha2$  buscou absorver a possibilidade de a homologação ser indeferida em função dos motivos elencados pela *1968 New*

*York Convention* em seu art. V, §§1º e 2º. Assim, a distinção entre diz respeito às diferenças entre os dois parágrafos. Ou seja, enquanto que o §1º enumerará motivos que poderão ser alegados pela contraparte para prevenir a homologação da sentença, o §2º prevê a possibilidade de indeferimento da homologação de uma sentença arbitral estrangeira por parte dos Estados que ratificam esta convenção, nas hipóteses em que a autoridade competente deste Estado entenda existir afronta à lei de arbitragem doméstica ou contrariedade da decisão com relação à ordem pública.<sup>87</sup>

## 4.2.1 A renúncia à imunidade executória

A renúncia unilateral do Estado é a mais clássica exceção à aplicação do instituto da imunidade executória que se dará através da manifestação explícita do consentimento estatal para sofrer restrições materiais em virtude das decisões proferidas contra si. Esta, portanto, é uma exceção absoluta e globalmente aceita e sua incorporação como parâmetro para o cálculo do *risk assessment* assemelha-se ao tratamento dado ao parâmetro *Nat*, no sentido de que, caso ocorra a renúncia unilateral à imunidade executória por parte do Estado, a relativização torna-se certa; certeza que será absorvida na fórmula do *risk assessment* a partir da atribuição de 0 (zero) ao parâmetro *Ren*, ao passo que, caso inexistir a renúncia, o peso de *Ren* será igual a 1 (um).

É importante ainda ressaltar uma particularidade com relação à existência desta renúncia no que diz respeito à sua especificidade. Isto é, conforme pontua Wiesinger, é necessário que a renúncia não somente seja expressa como também haja sido realizada especificamente com relação ao contrato ou tratado

<sup>87</sup> "Article V, 1) The recognition and execution of the decision may be refused, at the request of the party against which it is made, only if such party is able to prove to the competent authority of the State in which recognition and execution are requested: a. That the parties to the agreement were subject to some incapacity under the applicable law or that the agreement is not valid under the law to which the parties have submitted it, or, if such law is not specified, under the law of the State in which the decision was made; or b. That the party against which the arbitral decision has been made was not duly notified of the appointment of the arbitrator or of the arbitration procedure to be followed, or was unable, for any other reason, to present his defense; or c. That the decision concerns a dispute not envisaged in the agreement between the parties to submit to arbitration; nevertheless, if the provisions of the decision that refer to issues submitted to arbitration can be separated from those not submitted to arbitration, the former may be recognized and executed; or d. That the constitution of the arbitral tribunal or the arbitration procedure has not been carried out in accordance with the terms of the agreement signed by the parties or, in the absence of such agreement, that the constitution of the arbitral tribunal or the arbitration procedure has not been carried out in accordance with the law of the State where the arbitration took place; or e. That the decision is not yet binding on the parties or has been annulled or suspended by a competent authority of the State in which, or according to the law of which, the decision has been made. Article V, 2) The recognition and execution of an arbitral decision may also be refused if the competent authority of the State in which the recognition and execution is requested finds: a. That the subject of the dispute cannot be settled by arbitration under the law of that State; or b. That the recognition or execution of the decision would be contrary to the public policy ('ordre public') of that State".

que originou a disputa arbitral.<sup>88</sup> Dessa forma, para que o *funder* registre a existência de uma renúncia unilateral esta precisa haver ocorrido de forma expressa e específica.

### 4.3 A divisão percentual do local de concentração dos ativos objetos da execução

Conforme verificou-se na revisão literária realizada com relação ao tema das imunidades estatais, a tentativa frustrada de harmonizar a legislação através da *2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* resultou na multiplicidade de soluções sobre a relativização da imunidade executória a depender da jurisdição na qual se encontram os ativos estatais objetos da execução.

Assim, os parâmetros *Prop* são utilizados no cálculo do *risk assessment* com o intuito de identificar o local da concentração destes ativos para que, posteriormente, a probabilidade de a imunidade executória ser relativizada seja calculada de acordo com a existência de uma legislação nacional que regule o tema, nos casos dos Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, ou, nos casos residuais, de acordo com a árvore decisória resumidamente ilustrada anteriormente – sendo objeto de absoluta incerteza.

#### 4.3.1 As diretrizes para a relativização da imunidade executória

Uma vez definida a concentração dos ativos mantidos pelo Estado-Réu, as variáveis  $\beta$  e  $\gamma$  absorverão o que talvez seja a porção mais relevante deste estudo, isto é, a possibilidade de a imunidade executória do Estado ser ou não relativizada, tendo em vista a legislação vigente nos países que legislaram sobre o tema domesticamente, que serão, cada um deles, representados por um  $\beta$  próprio, tendo em vista o caminho dos requisitos para excepcionar a imunidade que cada lei especificamente delineia.

Quanto às demais jurisdições, esta possibilidade será representada pela variável  $\gamma$ , que levará em conta apenas a função dos ativos detidos pelo Estado (podendo ser *jure gestionis* ou *jure imperii*). Sobre o resultado final dos  $\beta$ s e do  $\gamma$ , contudo, é importante ressaltar que 0 (zero) será o melhor quadrante; ou seja,

<sup>88</sup> WIESINGER, Eva. State immunity from enforcement measures. *University of Vienna*, p. 10-12, 2006. p. 10. Segundo a autora, “[...] which means that an international agreement, an arbitration agreement, a written contract, a declaration before the court or a written communication after a dispute between the parties has arisen, is indispensable”.



caso estas variáveis sejam zeradas ao aplicar-se a fórmula o significado disto é que a imunidade executória foi excepcionada com sucesso.

Dessa forma, o analista precisará seguir os caminhos delineados nas árvores decisórias mencionadas no tópico anterior o que, em última análise, o permitirá concluir o *risk assessment* com sucesso.

## Conclusões e considerações finais

O presente estudo buscou revisar a literatura no contexto das temáticas envolvendo o financiamento de arbitragens, as peculiaridades de arbitragens envolvendo Estados soberanos e a evolução das imunidades estatais, em consideração ao crescente número de disputas transnacionais.

Na interseção destes eixos temáticos foi possível identificar uma particularidade cujos efeitos podem ser devastadores para o mercado de financiamento arbitral. Esta peculiaridade relaciona-se com a possibilidade de ter a execução de sentenças arbitrais proferidas contra Estados soberanos frustrada tendo em vista a oponibilidade da prerrogativa de imunidade executória do Estado.

O processo decisório do *funder* é sem dúvidas uma tarefa que envolve o equilíbrio da subjetividade de uma análise jurídica com a objetividade da precificação de um ativo. Isto é, a tentativa de enquadrar as ponderações de um advogado a respeito da possibilidade de sucesso de uma demanda arbitral em números pode significar o total insucesso do investimento. Contudo, a sistematização cada vez maior do produto em franca expansão no contexto das arbitragens transnacionais requer que alguns cuidados sejam tomados no processo decisório deste *funder*. Um deles, por exemplo, consiste na permanência dos mesmos aspectos a serem analisados em um caso como na expressão matemática a seguir.

$$\Sigma(0,2cas + 0,2doc + 0,2log + 0,2leg + 0,2evi)$$

Nela é possível enxergar um padrão para as variáveis que serão inicialmente analisadas em cada arbitragem, sendo elas respectivamente o posicionamento jurisprudencial, o posicionamento doutrinário, a concatenação lógica dos pedidos do autor, o embasamento legal da demanda e o seu conteúdo probatório.

As peculiaridades jurídicas das disputas arbitrais travadas contra Estados soberanos, por sua vez, podem até dificultar, mas não inviabilizam a possibilidade de sistematizar o raciocínio do analista na hora de ponderar se uma eventual sentença arbitral poderá ou não ser inexecutível. Assim, o *risk assessment* desenvolvido no escopo do presente projeto é representado matematicamente através da seguinte fórmula.

$$R = 0.5Nat(\alpha_1 + \alpha_2) + 0.5Ren(\beta_1 * PropEUA + \beta_2 * PropUK + \beta_3 * PropAus + \gamma * PropRand)$$

Esta fórmula busca sistematizar o raciocínio da assunção de risco por parte do *funder*, procurando manter-se, contudo, a subjetividade do analista na hora de efetuar o enquadramento do caso concreto, seja nos caminhos da legislação doméstica com relação à relativização da imunidade executória, seja nas diretrizes da Convenção de Nova York com relação à homologação de sentenças estrangeiras.

Dessa forma, é possível concluir que a parametrização de análises poderá contribuir para um melhor resultado do *funder* e, portanto, aquecer ainda mais o mercado de *third-party funding*, que é, sem sombra de dúvidas, um importante mecanismo para otimizar o acesso à justiça, principalmente quando isto significa relacionar-se com o Estado de forma horizontal, sob o risco de revivermos o retrocesso outrora caracterizado pela supremacia absoluta do Estado com relação ao particular.

## Referências

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. L'exécution des décisions des juridictions européennes: Court de justice de communautés européennes et court européenne des droits de l'homme. *Annuaire Français de Droit International*, Paris, ed. 52, p. 677-724, 2006. Disponível em: [http://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2006\\_num\\_52\\_1\\_3951](http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2006_num_52_1_3951). Acesso em: 27 mar. 2017.
- AL-HASSAN, Abdullah; PAPAIOANNOU, Michael; SKANCKE, Martin; SUNG CHIH, Cheng. Sovereign wealth funds: aspects of governance structures and investment management. *IMF Working Paper*, v. 13, n. 231, nov. 2013. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2013/wp13231.pdf>. Acesso em: 14 maio 2017.
- ALVIK, Ivar. *Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.
- ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma (Org.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. 1. ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2017.
- ARSANJANI, Mahmoud; REISMAN, W. Michael. The question of unilateral governmental statements as applicable law in investment disputes. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, v. 19, issue 2, p. 328-343, 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/icsidreview/19.2.328>. Acesso em: 14 maio 2017.
- ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS. *Membros fundadores da associação*. Disponível em: <http://associationoflitigationfunders.com/membership/membership-directory/>. Acesso em: 14 abr. 2017.
- AVRAHAM, Ronen; WICKELGREN, Abraham. Third-party litigation funding: a signaling model. *Depaul Law Review*, v. 63, 233rd ser., p. 249-250, 2014.
- BEISNER, John; MILLER, Jessica; RUBIN, Gary. *Selling lawsuits, buying trouble: third-party litigation funding in the United States*. Washington D.C.: U.S. Chamber Institute For Legal Reform, 2009. Disponível em: <http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/thirdparty litigation financing.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Commercial and investment arbitration: how different are they today? *The Journal of The London Court Of International Arbitration*, v. 28, 2012. Disponível em: [http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html). Acesso em: 12 jan. 2017.

BRIERLY, James Leslie. *Direito internacional*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1965.

CALVO, Carlos. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. 2. ed. Paris: D'Amyot, 1868. Disponível em: [http://fama2.us.es/fde/indices/1023\\_derechoInternacionalDeEuropaYAmerica.pdf](http://fama2.us.es/fde/indices/1023_derechoInternacionalDeEuropaYAmerica.pdf). Acesso em: 14 abr. 2017.

CREMADES, M. Bernardo. *Third party funding in international arbitration*. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

DANZMAN, Sarah Bauerle. Contracting with whom? The differential effects of investment treaties on FDI. *International Interactions*, p. 1-27, 2016.

DARWAZEH, Nadia; LELEU, Adrien. Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding. *Journal of International Arbitration*, v. 33, n. 2, p. 125-150, 2016.

DE BRABANDERE, Eric; LEPELTAK, Julia. Third party funding in international investment arbitration. *Grotius Centre for International Legal Studies Working Paper*, n. 1, 2014.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2012.

FINKE, Jasper. Sovereign immunity: rule, comity or something else? *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 853-881, 2010. Disponível em: <http://10.1093/ejil/chq068>. Acesso em: 27 mar. 2017.

FONSECA, Karla Closs. *Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos*. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

FRANCO FILHO, Georzenor Sousa. *Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional*. São Paulo: LTr, 1986.

GIUSTI, Gilberto. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 7, p. 52-54, 2005.

GRIFFITH, Gavan. Foreign state immunity in Australia. In: GRAF, Jorge Barrera. *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

HAFNER, Gerhard. Historical background of the convention. In: O'KEEFE, Roger; TAMS, Christian J. *The United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property (a commentary)*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HOBÉR, Kaj. Arbitration involving States. In: HILL, Richard D.; NEWMAN, Lawrence W. (Ed.). *Leading arbitrators' guide*. 3. ed. Nova York: Juris Publishing, 2014. Disponível em: [http://www.mannheimerswartling.se/globalassets/publikationer/article\\_leading\\_arbitrators\\_guide\\_.pdf](http://www.mannheimerswartling.se/globalassets/publikationer/article_leading_arbitrators_guide_.pdf). Acesso em: 14 maio 2017.

HODGES, Christopher; PESNER, John; NURSE, Angus. Litigation funding: status and issues. *Centre for Socio-Legal Studies, Oxford Lincoln Law School*, p. 11-13, jan. 2012. Disponível em: [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/litigation\\_funding\\_here\\_1\\_0.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/litigation_funding_here_1_0.pdf). Acesso em: 14 abr. 2017.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*: Adopted by resolution of the IBA Council on October 2014. Londres: IBA, 2014.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES – ICSID. Arbitration Tribunal. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka (ARB/87/3)*. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES – ICSID. Arbitration Tribunal. *The ICSID Caseload Statistics*. 1. ed. Paris: ICSID, 2017. p. 8. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.

INTERNATIONAL ENERGY CHARTER. *The energy charter treaty*. Disponível em: <http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>. Acesso em: 14 mar. 2017.

INVESTMENT POLICY HUB (Org.). *Italia-Chad 1969 BIT*. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/659>. Acesso em: 27 abr. 2017.

JACKSON, Sir Rupert (Org.). Civil Justice Reform and Alternative Dispute Resolution: lecture by Sir Rupert Jackson: Chartered Institute of Arbitrators: 20/9/2016. *Judiciary of England and Wales*, 2016. Disponível em: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2013/03/lj-jackson-cjreform-adr.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

JHANGIANI, Sapna; COLDWELL, Rupert. Third-party funding for international arbitration in Singapore and Hong Kong – A race to the top? *Kluwer Arbitration Blog*, 2016. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/11/30/third-party-funding-for-international-arbitration-in-singapore-and-hong-kong-a-race-to-the-top/>. Acesso em: 12 jan. 2017.

LEE, Chia-yi; JOHNSTON, Noel P. Improving reputation BIT by BIT: bilateral investment treaties and foreign accountability. *International Interaction Journal*, 2016.

MEHRPOUYA, Afshin. Sovereign wealth funds, the IMF and transparency: are they all talking about the same thing? *IMF*, p. 26-27, 2013.

MEZZACAPO, Simone. The so called “sovereign wealth funds”: regulatory issues, financial stability, and prudential supervision. *Economic Papers*, v. 378, p. 9-10, abr. 2009.

MONTT, Santiago. State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation. Portland, US: Hart Publishing, 2009.

NEPTIA. *Celebrating 150 years of the North of England Protecting & Indemnity Association*. London: Neptia, 2012. Disponível em: <http://www.nepia.com/media/136569/150Book.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

NON-RECOURSE. *Farlex Financial Dictionary*, 2009. Disponível em: <https://financial-dictionary.thefreedictionary.com/Non-Recourse>. Acesso em: 22 mar. 2019.

OECD. Fair and equitable treatment standard in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment*, 2004. Disponível em: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.

PARRA, Antonio R. Secretary-General of the ICCA and Former Deputy Secretary-General of ICSID. In: JOINT COLLOQUIUM ON INTERNATIONAL ARBITRATION, 24<sup>th</sup>, 2007, Paris. *The Enforcement of ICSID Arbitral Awards...* Paris: ICSID, 2007.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, p. 15-27, 2008.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON (Coord.). ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party. *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, 2015. Disponível em: [http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html). Acesso em: 13 jan. 2017.

REINISCH, August. The international relations of national courts: a discourse on international law norms on jurisdictional and enforcement immunity. In: REINISCH, A.; KRIEBAUN, U. *The law of international relations*. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2007.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Angeles. Los efectos de la globalización en el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras: la superación del exequátur. *Globalización y Derecho*, p. 537-538, 2003.

- ROWLES-DAVIES, Nicholas. *Third party litigation funding*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- SHIHATA, Ibrahim. Recent trends relating to entry of foreign direct investment. *ICSID Review*, p. 47-49, 1994.
- SINCLAIR, Anthony C. *The origins of the umbrella clause in the International Law of Investment Protection*. 4. ed. [s.l.]: Arbitration International, 2004. v. 20.
- SMITH, Mick. Mechanics of third-party funding agreements: a funder's perspective. In: NIEUWVELD, Lisa Bench; SHANNON, Victoria (Org.). *Third-party funding agreements*. Londres: Calunius, 2012. Disponível em: [http://www.calunius.com/media/7098/mechanics of third-party funding agreements \(mick smith - 2012\).pdf](http://www.calunius.com/media/7098/mechanics%20of%20third-party%20funding%20agreements%20(mick%20smith%20-2012).pdf). Acesso em: 24 jan. 2017.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas de diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- UNCITRAL. *Status map* – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Disponível em: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status\\_map.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status_map.html).
- UNCTAD. *Bilateral Investment treaties 1995–2006: trends in investment rulemaking*. Genebra: UNCTAD, 2009. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.
- UNCTAD. *International investment instruments: a compendium*. Genebra: UNCTAD, 2003. v. 12. Disponível em: [http://unctad.org/en/Docs/dite4volxii\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/dite4volxii_en.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.
- UNCTAD. *Systematic issues on International Investment Agreements (IIAs)*. Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.
- UNITED NATIONS. *United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property*. Disponível em: [https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english\\_3\\_13.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf). Acesso em: 12 jun. 2017.
- VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *New York Arbitration Convention*. Nova York: [s.n.], 1958.
- VAN HARTEN, Gus. The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state. *International and Comparative Corporate Law Quarterly*, v. 56, n. 2, p. 371-394, 2007.
- WIESINGER, Eva. State immunity from enforcement measures. *University of Vienna*, p. 10-12, 2006.
- YANNACA-SMALL, Katia. Interpretation of the umbrella clause in investment agreements. *OECD Working Papers on International Investment*, Paris, v. 3, 2006. Disponível em: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf). Acesso em: 27 abr. 2017.
- ZAKIA, José Victor Palazzi. Security for costs na arbitragem: da utilidade e da necessidade da medida. *CBAr*, 20 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/blog/artigos/security-for-costs-na-arbitragem-da-utilidade-e-da-necessidade-da-medida>. Acesso em: 21 mar. 2018.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MONTEIRO, Ana Sofia Cardoso; FERREIRA, Daniel Brantes. Third-party funding na arbitragem contra Estados: a relativização da imunidade executória na execução da sentença arbitral contra Estados. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 203-234, jan./jun. 2019.

---